Titel:

Rechtmäßigkeit der 3G-Regel während der Corona-Pandemie

Normenketten:

IfSG § 28 Abs. 1 S. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 4, Nr. 5, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8, Nr. 10, Nr. 11, Nr. 12, Nr. 13, Nr. 15, Nr. 16, § 28c, § 32 S. 1

14. BayIfSMV § 3 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 4, § 3a Abs. 1, Abs. 2, § 9 Abs. 1 S. 4

GG Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 80 Abs. 1 S. 2

VwGO § 47 Abs. 6

Leitsätze:

1. Bei der gebotenen summarischen Prüfung bestehen keine durchgreifenden Bedenken dahingehend, dass die Regelungen des IfSG zur „Testpflicht“ für nichtimmunisierte Personen (sogenannte 3G-Regel) als Zugangsbeschränkung für bestimmte Einrichtungen eine ausreichende Verordnungsmächtigung für die durch sie erfolgenden Grundrechtseingriffe darstellen und sie insbesondere auch dem Wesentlichkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen. (Rn. 43) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die sog. 3G-Regel, die für Kunden, Gäste und Besucher, die weder geimpft noch genesen sind, den Zugang zu bestimmten Veranstaltungen und Einrichtungen von einem negativen Test abhängig macht, ist zur Erreichung des Ziels, der Ausbreitung des Infektionsgeschehens zu begegnen und einer Überlastung des Gesundheitssystems vorzubeugen, voraussichtlich geeignet. (Rn. 50) (redaktioneller Leitsatz)

3. Angesichts der aktuellen pandemischen Lage, namentlich der drohenden weiteren Ausbreitung von leichter übertragbaren und wohl schwerere Krankheitsverläufe verursachenden Varianten, der noch nicht hinreichenden Grundimmunisierung der Bevölkerung sowie steigender Infektionszahlen und Hospitalisierungen spricht aus ex-ante Sicht vieles dafür, dass die Testpflicht für nichtimmunisierte Personen als Zugangsbeschränkung eine weiterhin erforderliche und notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des Infektionsgeschehens ist. (Rn. 53) (redaktioneller Leitsatz)

4. Testnachweispflichten sind grundsätzlich ein wenig belastendes Mittel, um der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus bei Betrieben, Einrichtungen, Veranstaltungen, Angeboten und körpernahen Dienstleistungen entgegenzuwirken; mildere, zur Erreichung der genannten Ziele gleichermaßen wirksame Mittel sind nicht ersichtlich. (Rn. 55 und 57) (redaktioneller Leitsatz)

5. Angesichts des kostenlosen und breit verfügbaren Impfangebots dürfte ein genereller „Primäranspruch“ auf kostenlose Testung unabhängig vom Nachweis einer einkommensrechtlichen Bedürftigkeit weder bestehen noch geboten sein; vor diesem Hintergrund ist es voraussichtlich auch nicht unangemessen, dass Personen in der Konsequenz ihrer freien Entscheidung, sich nicht impfen zu lassen, die hierfür entstehenden Kosten selbst zu tragen und die mit der Testnachweispflicht im Übrigen verbundenen Unannehmlichkeiten hinzunehmen haben. (Rn. 64) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, 3G-Regelung kostenpflichtige Tests, „freiwilliges 2G/3G plus“, 3G-Regel, kostenpflichtige Tests, Kosten, Zugangsbeschränkung, Gesundheitssystem, Testnachweispflicht, Überlastung des Gesundheitssystems

Fundstelle:

BeckRS 2021, 36738

Tenor

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die in Bayern in einem Landkreis mit einer 7-Tage-Inzidenz von 303,3 (Stand 3.11.2021; vgl. RKI unter <https://experience.arcgis.com/experience/dc7f97a7874b47aebf1a75e74749c047>) wohnhaften Antragsteller beantragen, § 3 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 4, § 3a Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV vom 1. September 2021, BayMBl. 2021 Nr. 615, zuletzt geändert durch Verordnung vom 27. Oktober 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 757), durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen. Die Antragsteller sind weder geimpft noch genesen im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV).

2

Die Regelungen, die mit Ablauf des 24. November 2021 außer Kraft treten (§ 20 14. BayIfSMV), haben folgenden Wortlaut:

3

„§ 3 Geimpft, genesen, getestet (3G)

4

(1) ¹Überschreitet im Gebietsbereich einer Kreisverwaltungsbehörde die Zahl an Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (7-Tage-Inzidenz) den Wert von 35, so darf im Hinblick auf geschlossene Räume der Zugang zu

5

1. öffentlichen und privaten Veranstaltungen bis 1 000 Personen in nichtprivaten Räumlichkeiten, Sportstätten und praktischer Sportausbildung, Fitnessstudios, dem Kulturbereich mit Theatern, Opern, Konzerthäusern, Bühnen, Kinos, Museen, Ausstellungen, Gedenkstätten, Objekten der Bayerischen Verwaltung der staatlichen Schlösser, Gärten und Seen, der Gastronomie, dem Beherbergungswesen, den Hochschulen, Tagungen, Kongressen, Bibliotheken und Archiven, zu außerschulischen Bildungsangeboten einschließlich der beruflichen Aus-, Fort- und Weiterbildung sowie Musikschulen, Fahrschulen und der Erwachsenenbildung, zoologischen und botanischen Gärten, außerdem zu Freizeiteinrichtungen einschließlich Bädern, Thermen, Saunen, Solarien, Seilbahnen und Ausflugsschiffen, Führungen, Schauhöhlen und Besucherbergwerken, Freizeitparks, Indoorspielplätzen, Spielhallen und -banken, Wettannahmestellen, dem touristischen Bahn- und Reisebusverkehr und infektiologisch vergleichbaren Bereichen,

6

2. Dienstleistungen, bei denen eine körperliche Nähe zum Kunden unabdingbar ist und die keine medizinischen, therapeutischen oder pflegerischen Leistungen sind,

7

vorbehaltlich speziellerer Regelungen dieser Verordnung nur durch Anbieter, Veranstalter, Betreiber, Besucher, Beschäftigte und ehrenamtlich Tätige erfolgen, soweit diese im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV) geimpft, genesen oder getestet sind.

8

(2) ¹Der Zugang zu Messen, zu Volksfesten, Clubs, Diskotheken, Bordellbetrieben sowie vergleichbaren Freizeiteinrichtungen und zu Veranstaltungen mit mehr als 1 000 Personen darf ohne Rücksicht auf die 7-Tage-Inzidenz nur durch in Abs. 1 Satz 1 genannte Personen erfolgen, soweit diese im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 SchAusnahmV geimpft, genesen oder getestet sind. ²Abs. 1 Satz 2 bis 4 gilt entsprechend.

9

...

10

(4) Im Rahmen der Abs. 1 und 2 ist von getesteten Personen ein schriftlicher oder elektronischer negativer Testnachweis hinsichtlich einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 aufgrund

11

1. eines PCR-Tests, PoC-PCR-Tests oder eines Tests mittels weiterer Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik, der vor höchstens 48 Stunden durchgeführt wurde,

12

2. eines PoC-Antigentests, der vor höchstens 24 Stunden durchgeführt wurde, oder

13

3. eines vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassenen, unter Aufsicht vorgenommenen Antigentests zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttests), der vor höchstens 24 Stunden durchgeführt wurde,

14

zu erbringen, der im Übrigen den Bestimmungen der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung entspricht.

15

...

16

§ 3a Erleichterungen bei freiwillig weitergehenden Zugangsbeschränkungen (freiwilliges 2G, freiwilliges 3G plus)

17

(1) ¹Anbieter, Veranstalter oder Betreiber von Einrichtungen oder Veranstaltungen, zu denen nach § 3 Abs. 1 und 2, §§ 4, 12 Zugangsbeschränkungen bestehen oder bei entsprechender 7-Tage-Inzidenz bestehen können, können freiwillig vorsehen, dass sie den Zugang den in § 3 Abs. 1 Satz 1 genannten Personen ausschließlich gestatten, soweit diese im Sinne des § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV geimpft oder genesen sind oder das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet haben (freiwilliges 2G); § 3 Abs. 1 Satz 4 gilt entsprechend. ²In diesem Fall ist

18

1. gegenüber Gästen, Besuchern oder Nutzern deutlich erkennbar auf diese Zugangsbeschränkung hinzuweisen,

19

2. durch wirksame Zugangskontrolle samt Identitätsfeststellung in Bezug auf jede Einzelperson sicherzustellen, dass Zugang nur für die in Satz 1 genannten Personen besteht, und

20

3. die Absicht entsprechender Zugangsbeschränkung der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde vorab anzuzeigen.

21

³Sind die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 erfüllt, finden § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 sowie § 12 keine Anwendung; arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.

⁴Anbieter, Veranstalter oder Betreiber können Personen, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen können und dies vor Ort insbesondere durch Vorlage eines schriftlichen ärztlichen Zeugnisses im Original nachweisen, das den vollständigen Namen und das Geburtsdatum enthält, bei Vorlage eines Testnachweises nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 ausnahmsweise zulassen; § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

22

(2) ¹Abs. 1 gilt entsprechend, wenn der Zugang außerdem

23

1. Schülerinnen und Schülern nach § 3 Abs. 5 Nr. 2 jenseits des zwölften Lebensjahres sowie

24

2. solchen Personen, die über einen Testnachweis nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 verfügen,

25

gestattet wird (freiwilliges 3G plus). ²§ 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

26

...

27

§ 9 Pflege- und Behinderteneinrichtungen, Krankenhäuser

28

(1) ¹ [...] ⁴Für Besucher von Patienten oder Bewohnern dieser Einrichtungen gilt § 3 Abs. 2 entsprechend.

29

...

30

Zur Begründung ihres Antrags führen die Antragsteller im Wesentlichen aus, die Statuierung einer Testpflicht für Ungeimpfte verletze sie in ihren Grundrechten auf körperliche Integrität, allgemeine Handlungsfreiheit sowie auf Gleichbehandlung. Sie gelten nach der Legaldefinition nicht als „Genesene“ und lehnten eine Impfung derzeit aufgrund der noch nicht übersehbaren Risiken und Nebenwirkungen ab. Die Antragstellerin zu 1. besuche regelmäßig einen Yogaclub, der Antragsteller zu 2. sei als selbständiger Bausachverständiger und Handwerker täglich zu mehreren unterschiedlichen Einsatzorten unterwegs. Aus diesem Grund sei er auf tägliche Restaurantbesuche angewiesen. An den Wochenenden gingen die Antragsteller in der Regel Essen. Zudem betreuten und besuchten sie regelmäßig die in einem Pflegeheim wohnende Mutter der Antragstellerin zu 1. Daher seien die Antragsteller gezwungen, nahezu täglich einen Test vorzuweisen, was mit entsprechenden Kosten verbunden sei. Die betriebliche Testung sei nicht geeignet, die Antragsteller wesentlich zu entlasten. Der Arbeitgeber der Antragstellerin zu 1. betreibe keine eigene Teststelle, der Antragsteller zu 2. könne keinen (Selbst-)Test (unter Aufsicht) vornehmen, da er als Unternehmer/Inhaber kein Beschäftigter im Sinne des Arbeitsschutzes sei. Es stehe zudem zu befürchten, dass viele der von ihm genutzten Freizeiteinrichtungen unter der neuen Regelung auf „2G“ oder „3G plus“ umstellen, erste hätten dies bereits getan. Es handele sich bei den Testpflichten im Rahmen einer „erweiterten Einlasskontrolle“ nicht etwa lediglich um einen niederschweligen Eingriff mit Bagatelldarakter. Hinsichtlich spontaner Freizeitaktivitäten seien die Antragsteller erheblich eingeschränkt. Die Regelungen bewirkten eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Ungeimpften gegenüber Geimpften und damit einen faktischen „Impfzwang“, der jedoch einer eigenständigen gesetzlichen Grundlage bedürfte. Auch hinsichtlich der Regelung in § 3a 14. BayIfSMV seien die Antragsteller antragsbefugt. Durch den Anreiz für Betreiber, den Zugang für nicht geimpfte oder genesene Personen zu beschränken, werde unmittelbar in seine Recht eingegriffen. Das Optionsmodell stelle eine staatliche Lenkung dar, die für die Betroffenen mit unmittelbaren Rechtsfolgen und nicht lediglich mit einem Rechtsreflex verbunden seien. Auf das Gutachten von Prof. Dr. M. vom 4. Oktober 2021 werde verwiesen. Es sei bereits zweifelhaft, ob die Regelungen auf § 28a IfSG gestützt werden könnten. Die Regelungen seien aber jedenfalls unverhältnismäßig. Die Kosten für die entsprechenden Tests belasteten die Betroffenen unverhältnismäßig stark. Nichtgeimpfte würden von weiten Teilen des sozialen Lebens ausgeschlossen. Es gebe keine Anhaltspunkte für eine drohende Überlastung des Gesundheitssystems. Auch sei die Annahme, dass von Geimpften keine epidemiologische Ansteckungsgefahr ausgehe, unzutreffend. § 3a 14. BayIfSMV stehe mit der gesetzlichen Wertung in § 28c IfSG in Widerspruch. Beide Regelungen führten zu einem unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, da mit ihnen letztlich eine faktische Impfpflicht geschaffen werde.

31

Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen und beantragt,

32

den Antrag abzulehnen.

33

Mit Schriftsätzen vom 24. Oktober 2021 (Antragsteller) bzw. 26. Oktober 2021 (Antragsgegner) haben die Beteiligten - insbesondere zum Regelungsgehalt von § 3a 14. BayIfSMV - weiter vorgetragen.

34

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

35

Der Antrag bleibt ohne Erfolg.

36

A. Soweit sich der Antrag gegen § 3 Abs. 1 und 2 i.V.m. Abs. 4 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 3 Abs. 2 14. BayIfSMV (3G-Regelung) richtet, ist er zulässig, aber unbegründet.

37

Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor. Ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache gegen die in § 3 Abs. 1 und 2 i.V.m. Abs. 4 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 3 Abs. 2 der 14. BayIfSMV verankerte Zugangsbeschränkung zu Betrieben, Einrichtungen, Veranstaltungen, Angeboten und Dienstleistungen für Personen, die nicht im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 SchAusnahmV geimpft, genesen oder getestet sind, hat unter Anwendung des geltenden Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (I.) bei summarischer Prüfung keine durchgreifenden Aussichten auf Erfolg (II.). Auch eine Folgenabwägung geht zulasten der Antragsteller aus (III.).

38

I. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen oder noch zu erhebenden Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 - 4 B 480/19.NE - NVwZ-RR 2019, 993 - juris Rn. 9). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann.

39

Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12).

40

Lassen sich die Erfolgsaussichten nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte, und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass sie - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12; Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 395; Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 106).

41

II. Nach diesen Maßstäben bleibt der Antrag ohne Erfolg, weil die Erfolgsaussichten der Hauptsache bei der nur möglichen, aber ausreichenden summarischen Prüfung (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 14) voraussichtlich nicht gegeben sind.

42

1. Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren davon aus, dass die in den angegriffenen Regelungen verankerte Zugangsbeschränkung zu Betrieben, Einrichtungen, Veranstaltungen, Angeboten und Dienstleistungen für Personen, die nicht im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 SchAusnahmV geimpft, genesen oder getestet sind, mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nrn. 4 bis 8, 10 bis 13, 15 und 16 IfSG, welche den Ordnungsgeber ermächtigen, Betretungsverbote oder -bedingungen hinsichtlich bestimmter Orte zu definieren (§ 28 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz IfSG) sowie die Verpflichtung zur Anwendung von Hygienekonzepten für Angebote mit Publikumsverkehr und Beschränkungen für Veranstaltungen, Reisen, Freizeit-, Sport-, Beherbergungs-, Bildungs- und Kultureinrichtungen sowie der Gastronomie vorzusehen (§ 28a Abs. 1 Nrn. 4 bis 8, 10 bis 13, 15 und 16 IfSG), eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage hat (BayVGh, B.v. 8.12.2020 - 20 NE 20.2461 - juris Rn. 24 ff; B.v. 16.4.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 13; B.v. 15.7.2021 - 25 NE 21.1811 - juris Rn. 33; B.v. 15.7.2021 - 25 NE 21.1811 - juris Rn. 33; B.v. 14.9.2021 - 25 NE 21.2226 - juris Rn. 27; OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 9). Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung bestehen keine durchgreifenden Bedenken dahingehend, dass die vorgenannten Bestimmungen eine ausreichende Verordnungsermächtigung für die durch sie erfolgenden Grundrechtseingriffe darstellen und sie insbesondere auch dem Wesentlichkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechen. Unterstrichen wird dies durch die zum 15. September 2021 in Kraft getretene Regelung des § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG (vgl. Art. 12 des Gesetzes vom 10.9.2021 - BGBl. I S. 4147), die den Ordnungsgeber nunmehr explizit zur Etablierung der Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises ermächtigt (BT-Drs. 19/32275 v. 3.9.2021, S. 28).

43

2. Die angegriffenen Regelungen, die sich nach ihrem Schwerpunkt und Eingriffscharakter im Wesentlichen als „Testpflicht“ für nicht immunisierte Personen darstellen, sind voraussichtlich materiell rechtmäßig, weil sie mit der Ermächtigungsgrundlage in § 32 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nrn. 4 bis 8, 10 bis 13, 15 und 16 IfSG im Einklang stehen (2.1) und sich bei summarischer Prüfung nicht als unverhältnismäßig (2.2) oder gleichheitswidrig (2.3) erweisen.

44

2.1 Im Zeitpunkt des Erlasses der 14. BayIfSMV am 1. September 2021 wie auch der Entscheidung des Senats liegen die Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 Nrn. 4 bis 8, 10 bis 13, 15 und 16 i.V.m. Abs. 3 IfSG weiterhin vor.

45

Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite mit Blick auf das Corona-Virus SARS-CoV-2 besteht während der Geltungsdauer der angegriffenen Regelungen fort (vgl. Entschließung des Bundestags vom 25.8.2021, Plenarprotokoll 19/238, S. 31076C) und die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose, dass die beanstandete Testpflicht bei summarischer Prüfung eine geeignete und gemäß § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 IfSG notwendige Schutzmaßnahme darstellt, ist auch gegenwärtig nicht zu beanstanden (vgl. BayVGh, B.v. 28.7.2021 - 25 NE 21.1962 - juris Rn. 59; B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - BeckRS 2021, 30069 Rn. 15 ff.).

46

Die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose, dass die beanstandete „Testpflicht“ für nicht geimpfte oder genesene Personen als Zugangsbeschränkung zu Betrieben, Einrichtungen, Veranstaltungen, Angeboten und Dienstleistungen eine geeignete und notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des Infektionsgeschehens im Sinne des § 28a Abs. 3 Satz 7 IfSG in der im Zeitpunkt des Erlasses der angegriffenen Regelungen und bis zum 14. September 2021 geltenden Fassung bzw. des präventiven Infektionsschutzes gemäß des zum 15. September 2021 neu gefassten § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG darstellt, ist auch gegenwärtig nicht zu beanstanden.

47

2.1.1 Nach der aktuellen Risikobewertung des Robert-Koch-Instituts (RKI), dessen Expertise der Gesetzgeber im Bereich des Infektionsschutzes mit § 4 IfSG besonderes Gewicht beimisst (vgl. BVerfG, B.v. 10.4.2020 - 1 BvQ 28/20 - NJW 2020, 1427 - juris Rn. 13; VerfGH, E.v. 26.3.2020 - Vf. 6-VII-20 - juris Rn. 16), vom 27. Oktober 2021 (abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html) wird die Gefährdung für die Gesundheit der nicht vollständig geimpften Bevölkerung in Deutschland insgesamt weiterhin als

hoch, für vollständig Geimpfte als moderat eingeschätzt. Mit ihrem Einwand, es bestünden derzeit keine konkreten Anhaltspunkte für eine drohende Überlastung des Gesundheitssystems und die sog. Delta-Variante führe zu keiner anderen Bewertung, dringen die Antragsteller angesichts der jüngsten Entwicklungen des Pandemiegeschehens nicht durch. Nach einem Anstieg der Fälle im ersten Quartal 2021 und deutlichem Rückgang der 7-Tage-Inzidenzen und Fallzahlen im zweiten Quartal sind die Fallzahlen, insbesondere seit Ende September, wieder stark angestiegen; gleichzeitig steigt der Anteil positiv getesteter Proben unter den in den Laboren durchgeführten PCR-Tests weiter an (42. KW: 10,6%; 41. KW: 8,3%; 40. KW: 6,6%; vgl. RKI, Wochenberichte v. 21.10. und 28.10.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html). Die landesweite 7-Tage-Inzidenz liegt in Bayern aktuell bei 229,2 (Stand 3.11.2021); der 7-Tage-R-Wert in Bayern liegt bei 0,93 (Stand 3.11.2021; https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm). Auch ist aktuell ein verstärkter Anstieg der Belegung der Krankenhaus- und Intensivbetten durch bestätigte Covid-19-Fälle zu verzeichnen (Intensivbettenbelegung: Steigerung gegenüber der Vorwoche um 35,6% von 360 auf 488; Bettenbelegung: Steigerung um 42,6% von 1504 auf 2144, abrufbar unter https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm). Die Zahl der Todesfälle befindet sich aktuell auf niedrigem Niveau mit allerdings steigender Tendenz. Bei der überwiegenden Zahl der Fälle verläuft die Erkrankung mild. Die Wahrscheinlichkeit für schwere und auch tödliche Krankheitsverläufe steigt mit zunehmendem Alter und bei bestehenden Vorerkrankungen; allerdings kann es auch ohne bekannte Vorerkrankungen sowie bei jungen Menschen zu schweren und sogar zu lebensbedrohlichen Krankheitsverläufen kommen. Langzeitfolgen können auch nach leichten Verläufen auftreten. Die Therapie schwerer Krankheitsverläufe ist komplex und erst wenige Therapieansätze haben sich in klinischen Studien als wirksam erwiesen.

48

Die Anforderungen an das Gesundheitssystem waren in weiten Teilen Deutschlands vorübergehend sehr hoch, so dass das öffentliche Gesundheitswesen und die Einrichtungen für die stationäre medizinische Versorgung örtlich an die Belastungsgrenze kamen. Da eine vollständige Impfung mit den verfügbaren Impfstoffen auch bei der in Deutschland nun dominierenden Delta-Variante (VOC B.1.617.2) einen guten Schutz vor der Entwicklung einer COVID-19-Erkrankung (insbesondere vor einem schweren Verlauf) bietet, ist davon auszugehen, dass mit steigenden Impfquoten auch eine Entlastung des Gesundheitssystems einhergeht (RKI, Risikobewertung, a.a.O.; vgl. auch Schuppert/Weber-Carstens/Karagiannidis, Intensivbettenbedarf für COVID-19 im Herbst/Winter 2021, abrufbar unter <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00063-021-00862-9.pdf>). Wenngleich nach Einschätzung des RKI angenommen werden kann, dass der Anteil vollständig geimpfter Personen in der erwachsenen Bevölkerung um bis zu fünf Prozentpunkte höher liegt als nach den offiziell gemeldeten, im Impfmonitoring des RKI verzeichneten Daten (vgl. COVIMO-Report v. 6.10.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Projekte_RKI/covimo_studie.html; zum Impfmonitoring s. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html), sind bei den gegenwärtig erreichten Impfquoten bei gleichzeitig steigender Inzidenz an Neuinfektionen weiterhin eine sehr hohe Zahl schwerer Erkrankungen mit entsprechender Belastung des Gesundheitssystems möglich (RKI, Risikobewertung, a.a.O.). Das RKI hält eine Zielimpfquote von 85% für die 12 bis 59-Jährigen, sowie von 90% für Personen ab dem 60. Lebensjahr zur Kontrolle des Infektionsgeschehens für notwendig (vgl. RKI, Welche Impfquote ist notwendig, um COVID-19 zu kontrollie..., in Epidemiologisches Bulletin Nr. 27/2021, Seite 3 ff., abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/27_21.pdf?blob=publicationFile). Von dieser ist Bayern noch weit entfernt, wobei der Anteil geimpfter Personen in den letzten Wochen nur noch langsam gestiegen ist (RKI, Wochenberichte v. 21.10. und 28.10.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html). Internationale Studien weisen darauf hin, dass die Delta-Variante verglichen mit früher dominierenden Varianten zu schwereren Krankheitsverläufen mit mehr Hospitalisierungen und häufigerer Todesfolge führen kann. Aufgrund der leichteren Übertragbarkeit dieser Variante, der noch nicht ausreichenden Impfquoten und vermehrter Kontakte in Innenräumen muss mit einem weiteren Anstieg der Infektionszahlen in den nächsten Wochen gerechnet werden. Nur bei einer niedrigen Zahl von Neuinfizierten und einem hohen Anteil der vollständig Geimpften in der Bevölkerung können viele Menschen, nicht nur aus den

Risikogruppen wie ältere Personen und Menschen mit Grunderkrankungen, gut vor schweren Krankheitsverläufen, intensivmedizinischer Behandlungsnotwendigkeit und Tod geschützt werden. Ein weiteres wichtiges Ziel ist die Vermeidung von Langzeitfolgen, die auch nach milden Krankheitsverläufen auftreten können.

49

Der Einwand der Antragsteller, der Staat müsse alternative Maßnahmen zur Entlastung des Gesundheitssystems ergreifen, allen voran die Aufstockung der Intensivbetten zumindest auf das Vorjahresniveau, greift schon deshalb nicht durch, weil trotz ergriffener staatlicher Maßnahmen das für die Aufstockung der Intensivbetten erforderliche Personal kurzfristig nicht zur Verfügung steht (vgl. Deutsches Ärzteblatt vom 22.10.2021 unter <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=221623>; Deutsches Krankenhaus Institut, Untersuchung zur Pflegepersonalsituation in der Pandemie vom 3.11.2021 unter <https://www.dki.de/pressemitteilung/dkg-untersuchung-zur-pflegepersonalsituation-in-der-pandemie>).

50

2.1.2 Die sog. 3G-Regel, die für Kunden, Gäste und Besucher, die weder geimpft noch genesen sind, den Zugang zu den in § 3 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 der 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen und Einrichtungen von einem negativen Test nach Maßgabe des § 3 Abs. 4 14. BayIfSMV i.V.m. § 2 Nrn. 6 und 7 SchAusnahmV abhängig macht, ist zur Erreichung des Ziels, der Ausbreitung des Infektionsgeschehens zu begegnen und einer Überlastung des Gesundheitssystems vorzubeugen, voraussichtlich geeignet, was der Fall ist, wenn durch das eingesetzte Mittel der angestrebte Erfolg gefördert werden kann (grundlegend BVerfG, B.v. 16.3.1971 - 1 BvR 52/66 u.a. - BVerfGE 30, 292/316 - juris Rn. 64).

51

Die Testpflicht trägt zur Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) bei, weil dadurch der Besuch der genannten Einrichtungen und Veranstaltungen auf Personen beschränkt wird, die ein aktuelles negatives Testergebnis erbringen oder vorlegen können. Auch wenn keine absolute Zuverlässigkeit der verfügbaren zugelassenen Tests bestehen mag, kann so zumindest ein Teil infizierter und damit potentiell infektiöser Besucher, Gäste und Kunden festgestellt werden. Im Übrigen ist im Zusammenhang mit der Zuverlässigkeit der auch zur Anwendung zugelassenen Antigen-Schnelltests bereits höchstrichterlich entschieden, dass sie - auch wenn sie weniger ergebnissicher als PCR-Tests sein mögen - aus Sicht des Ordnungsgebers, dem hierbei eine Einschätzungsprärogative zukommt, einen unverzichtbaren Beitrag im Rahmen seines Gesamtkonzepts leisten (BayVerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 29). Laut Robert-Koch-Institut ist Testen zudem essenzieller Bestandteil einer umfassenden Pandemie-Bekämpfungs-Strategie: Es ist Grundlage für die zeitnahe Erkennung und Behandlung von Infektionen, für die Unterbrechung von Infektionsketten und für einen Schutz vor Überlastung des Gesundheitssystems. Testen dient zudem der Erfassung der Zahl und Verteilung von infizierten Personen in Deutschland und trägt damit zu einem aktuelleren und besseren Lagebild bei (vgl. RKI, Nationale Teststrategie, Stand 2.11.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html).

52

Die Eignung wird nicht dadurch infrage gestellt, dass Geimpften und Genesenen Zugang zu den Einrichtungen und Veranstaltungen gewährt wird, ohne der Testobliegenheit unterworfen zu sein. Nach den Erkenntnissen des nach § 4 Abs. 1 Satz 2 IfSG auch zur Forschung zu Ursache, Diagnostik und Prävention übertragbarer Krankheiten berufenen RKI belegen Daten aus Zulassungsstudien wie auch aus Untersuchungen im Rahmen der breiten Anwendung (sog. Beobachtungsstudien), dass die in Deutschland zur Anwendung kommenden COVID-19-Impfstoffe SARS-CoV-2-Infektionen (symptomatisch und asymptomatisch) in einem erheblichen Maße verhindern und so das Risiko einer Virusübertragung deutlich vermindern (vgl. im Einzelnen: RKI, COVID-19 und Impfen: Antworten auf häufig gestellte Fragen (FAQ), Gesamtstand 29.10.2021, www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html). Gleiches gilt für Personen, die eine gesicherte SARS-CoV-2-Infektion durchgemacht haben, die weniger als sechs Monate zurückliegt (vgl. RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Corona-virus/Steckbrief.html). Eine andere Bewertung gebieten derzeit auch die sog. Impfdurchbrüche nicht. Diese zeigen lediglich, dass (ebenso wie andere Schutzmaßnahmen auch) eine Impfung keinen vollständigen, einhundertprozentigen Schutz bietet. Gemessen an der Zahl der insgesamt geimpften Personen und der insgesamt neu infizierten Personen ist

der Anteil der sog. Impfdurchbrüche aber gering und stellt die Effektivität der Corona-Schutzimpfung nicht grundlegend infrage (vgl. im Einzelnen: Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 28.10.2021, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-10-28.pdf). Ob das fraglos verbleibende (Rest-)Risiko einer Virusverbreitung durch Geimpfte und Genesene jedenfalls in bestimmten Einrichtungen und Konstellationen durch eine Testobliegenheit auch für diese Personengruppen noch weiter reduziert werden könnte und abhängig von der epidemischen Lage auch weiter reduziert werden müsste, ist keine Frage der Geeignetheit der hier zu beurteilenden „Testpflicht“ für nicht geimpfte und nicht genesene Personen (NdsOVG, B.v. 7.9.2021 - 13 MN 378/21 - juris Rn. 43).

53

2.1.3 Vor dem Hintergrund der dargestellten aktuellen pandemischen Lage, namentlich der drohenden weiteren Ausbreitung von leichter übertragbaren und wohl schwerere Krankheitsverläufe verursachenden Varianten (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 IfSG), der noch nicht hinreichenden Grundimmunisierung der Bevölkerung sowie steigender Infektionszahlen und Hospitalisierungen spricht aus ex-ante-Sicht vieles dafür, dass die Testpflicht für nichtimmunisierte Personen als Zugangsbeschränkung zu den in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen, Einrichtungen und Betrieben weiterhin eine erforderliche und notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des Infektionsgeschehens im Sinne des § 28a Abs. 3 Satz 7 IfSG in der im Zeitpunkt des Erlasses der angegriffenen Regelungen und bis zum 14. September 2021 geltenden Fassung bzw. des präventiven Infektionsschutzes gemäß des zum 15. September 2021 neu gefassten § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG darstellt. Die Testpflicht bezieht sich im Wesentlichen auf Angebote und Leistungen, deren Inanspruchnahme aufgrund einer größeren Zahl wechselnder Personen, einer mit der Leistungserbringung einhergehenden körperlichen Nähe (s. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 14. BayIfSMV) oder wegen eines längeren Aufenthalts im besonders infektionsträchtigen „Innenbereich“ epidemiologisch mit einer gesteigerten Gefahrensituation einhergehen. Die Testnachweispflicht soll dazu beitragen, die Weiterverbreitung des SARS-CoV-2-Virus unter den Gästen, Kunden und Besuchern der in Rede stehenden Einrichtungen, Veranstaltungen und Betriebe zumindest zu reduzieren und hierdurch die Virusausbreitung insgesamt (bis zu einer hinreichenden Immunisierung der Bevölkerung) einzudämmen bzw. zu verlangsamen. Damit wiederum sollen insbesondere Personen, die sich aus medizinischen Gründen bislang nicht impfen lassen konnten, die keinen hinreichenden Immunschutz aufbauen können oder für die noch kein Impfstoff zugelassen wurde (beispielsweise Kinder mit Vorerkrankungen unter zwölf Jahren, Menschen mit angeborenen Immundefekten oder medikamentöser Immunsuppression), vor einem schweren Krankheitsverlauf und Langzeitfolgen geschützt und der bei einer unkontrollierten Infektionsausbreitung weiterhin bestehenden Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems vorgebeugt werden.

54

Präventive Maßnahmen wie eine Testpflicht setzen auch nicht voraus, dass eine Überforderung des Gesundheitssystems bereits konkret und unmittelbar droht, da Leben und Gesundheit der Bevölkerung vor dem Hintergrund der aufgrund der spezifischen Charakteristika der vorliegenden Pandemie beruhenden Dynamik der Virusausbreitung dann nicht mehr hinreichend geschützt werden könnten. Unterstrichen wird dies durch die zum 15. September 2021 in Kraft getretene Neufassung des § 28a Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG. Danach können zum präventiven Infektionsschutz insbesondere die in Abs. 1 Nrn. 1, 2, 2a, 4 und 17 genannten Schutzmaßnahmen, mithin auch die streitgegenständliche Testnachweispflicht, ergriffen werden; weitergehende Schutzmaßnahmen sollen unter Berücksichtigung des jeweiligen regionalen und überregionalen Infektionsgeschehens mit dem Ziel getroffen werden, eine drohende Überlastung der regionalen und überregionalen stationären Versorgung zu vermeiden. Daraus, dass eine flächendeckende Überlastung des Gesundheitswesens bisher abgewendet werden konnte, kann weder geschlossen werden, es habe keine solche Gefahr bestanden, noch kann insbesondere vor dem Hintergrund der weitreichenden „Lockerungen“ und Wiederzulassung des gesellschaftlichen Lebens, der noch nicht hinreichenden Immunisierung der Bevölkerung und der bevorstehenden kalten Jahreszeit mit zu erwartenden steigenden Infektionszahlen mit Sicherheit angenommen werden, eine Überlastung könne auch im weiteren Pandemieverlauf nicht mehr eintreten. Der Deutsche Bundestag geht unter Hinweis auf Stellungnahmen des RKI davon aus, dass eine Überlastung nicht ausgeschlossen werden, sondern weiterhin drohen kann (vgl. Antrag zur Feststellung des Fortbestehens der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 20.8.2021, BT-Drs. 19/32040 S. 2 m.w.N.). Vor dem Hintergrund, dass Medienberichten zufolge im Südosten Bayerns, wo die Fallzahlen derzeit deutschlandweit am höchsten sind, die örtlichen Kliniken

bereits ihre Belastungsgrenze erreichen (s. z.B. SZ v. 26.10.2021, <https://www.sueddeutsche.de/bayern/muehldorf-coronavirus-krankenhausampel-1.5449769>) und - wie ausgeführt - im Herbst und Winter landesweit wegen der nur langsam steigenden Impfquote mit einem weiteren Anstieg der Inzidenzen gerechnet werden muss, erscheint diese Annahme aus ex-ante-Sicht nicht offensichtlich verfehlt. Zu berücksichtigen ist dabei nicht zuletzt, dass eine Überlastung des Gesundheitssystems auch dazu führen kann, dass die lebensnotwendige intensivmedizinische Versorgung von nicht an COVID-19 erkrankten Patienten nicht gewährleistet werden kann, was zu weiteren Gefahren für Leib und Leben führen könnte. Vor diesem Hintergrund kommt der Antragsgegner mit dem angegriffenen Testerfordernis weiterhin der ihm zukommenden Schutzpflicht für Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nach, zu deren Erfüllung sich die Maßnahme als weiterhin notwendig bzw. erforderlich erweist.

55

Mildere, zur Erreichung der genannten Ziele gleichermaßen wirksame Mittel sind für den Senat nicht ersichtlich. Die Testpflicht stellt einen Baustein dar, der einen Beitrag zur Infektionskontrolle leistet. Auch entfällt die Erforderlichkeit nicht schon deshalb, weil eine Finanzierung der Aufgabe aus Steuermitteln für die Betroffenen ein milderes Mittel wäre (vgl. BVerfG, B.v. 18.11.2003 - 1 BvR 302/96 - juris Rn. 199; U.v. 23.1.1990 - 1 BvL 44/86 - juris Rn. 140). Mildere Mittel sind nicht solche, die eine Kostenlast lediglich verschieben (vgl. BVerfG, B.v. 20.3.2001 - 1 BvR 491/96 - BVerfGE 103, 172/183 f.). Ob und in welchem Umfang die bei der Erfüllung der erforderlichen „Testpflicht“ anfallenden Kosten von den betreffenden noch nicht immunisierten Personen zu tragen sind, ist keine Frage der Erforderlichkeit, sondern der Zumutbarkeit der Ordnungsregelung (vgl. BVerfG, B.v. 15.12.1987 - 1 BvR 563/85 - juris Rn. 94).

56

2.2 Die Regelungen in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 14. BayIfSMV zur Beschränkung des Zugangs zu Veranstaltungen und Dienstleistungen, insbesondere in geschlossenen Räumen, für Personen, die nicht im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 SchAusnahmV geimpft, genesen oder getestet sind, erweisen sich bei summarischer Prüfung auch in Verbindung mit den Regelungen der §§ 4, 4a der Coronavirus-Testverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit (TestV) aller Voraussicht nach derzeit nicht als offensichtlich unverhältnismäßig im engeren Sinne. Eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere der damit verbundenen Eingriffe und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe führt zu dem Ergebnis, dass die Grenze der Zumutbarkeit voraussichtlich (noch) gewahrt ist (vgl. dazu BVerfG, B.v. 18.7.2005 - 2 BvF 2/01 - BVerfGE 113, 167/260).

57

2.2.1 Testnachweispflichten sind grundsätzlich ein wenig belastendes Mittel, um die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus bei Betrieben, Einrichtungen, Veranstaltungen, Angeboten und körpernahen Dienstleistungen im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 14. BayIfSMV einzudämmen (vgl. BayVerfGH, E.v. 28.6.2021 - Vf. 73-VII-20 - juris Rn. 22; BayVGh, B.v. 2.3.2021 - 20 NE 21.369 - juris Rn. 11; VGh BW, B.v. 11.6.2021 - 1 S 1533/21 - juris Rn. 92; NdsOVG, B.v. 10.6.2021 - 13 MN 281/21 - juris Rn. 19). Der bei den verwendeten Tests in der Regel durchzuführende Abstrich aus dem Mund-, Nasen- oder Rachenraum dürfte zwar als Beeinträchtigung der körperlichen Integrität zu werten sein, welche indes nur von kurzer Dauer und niedrighochwelliger Intensität ist (BayVerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 27 m.w.N.). Auch der Bundesgesetzgeber sieht die allgemeine Vorlagepflicht hinsichtlich eines Impf-, Genesenen oder Testnachweises als Voraussetzung zum Zugang zu Betrieben, Einrichtungen oder Angebotenen mit Publikumsverkehr als niederschwellige Schutzmaßnahme zum präventiven Infektionsschutz an (BT-Drs. 19/32275 S. 28). Soweit die Durchführung je nach Erreichbarkeit und Öffnungsdauer einer Teststation Vorplanungen und organisatorischen Aufwand voraussetzt, geht der Senat davon aus, dass Testangebote landesweit noch immer niedrighochwellig erreichbar sind, und der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) insoweit nicht schwerwiegend ist.

58

Der Ordnungsgeber hat die Nachweispflicht auf bestimmte räumliche, zeitliche und soziale Situationen beschränkt, in denen typischerweise viele Personen aus verschiedenen Haushalten aufeinandertreffen. Zudem sind gemäß § 3 Abs. 3 14. BayIfSMV der Handel, Handwerksbetriebe, medizinische, therapeutische und pflegerische Leistungen (s. § 3 Abs. 1 Nr. 2 14. BayIfSMV), der öffentliche Personennah- und -fernverkehr, die Schülerbeförderung, Prüfungen, Wahllokale und Eintragungsräume, Gottesdienste, Versammlungen im Sinne des Art. 8 des Grundgesetzes und Veranstaltungen von Parteien und

Wählervereinigungen von der Zugangsbeschränkung bzw. „Testpflicht“ ausgenommen. Des Weiteren gilt die Zugangsbeschränkung nicht für Schülerinnen und Schüler sowie noch nicht eingeschulte Kinder (§ 3 Abs. 5 14. BayIfSMV).

59

Bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen ist zudem zu berücksichtigen, dass die angefochtene Regelung nicht isoliert steht, sondern einen Ausgleich für „Lockerungen“ zuvor deutlich eingriffsintensiverer Grundrechtsbeschränkungen darstellt und in diesem Sinne - als milderes Mittel gegenüber einer vollständigen Schließung oder stärkeren Beschränkung - auch der Ausübung grundrechtlicher Freiheiten Dritter dient, die insbesondere in ihrer Berufsfreiheit betroffen sind (so auch OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 11). Die Obliegenheit der Vorlage eines Testnachweises ist eine der letzten verordneten Schutzmaßnahmen vor dem Hintergrund eines ansteigenden Infektionsgeschehens sowie einer noch nicht hinreichenden Immunisierungsquote der Bevölkerung. Mit dem Anstieg der Impfquote haben weitgehende Öffnungen und Lockerungen in allen gesellschaftlichen Bereichen stattgefunden, die Anzahl der Kontakte und die Mobilität der Menschen haben sich wieder signifikant erhöht, was auf der anderen Seite ein wachsendes Infektionsrisiko birgt. Die Einschätzung des Ordnungsgebers, dass diese Lockerungen durch Maßnahmen zu Hygiene- und Abstandsregelungen, aber auch der Obliegenheit zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen begleitet werden müssen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

60

2.2.2 Vor diesem Hintergrund sowie dem mit den angegriffenen Regelungen verfolgten hochrangigen Gemeinwohlinteresse, das Leben und die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu erhalten bzw. ausreichende medizinische Versorgungskapazitäten zu gewährleisten (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG), steht das Maß, in dem die in Rede stehende Verpflichtung noch nicht immunisierter Personen zur Vorlage eines negativen „Corona-Tests“ beim Besuch bzw. der Inanspruchnahme der in § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 der 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen und Einrichtungen voraussichtlich zur Eindämmung des Infektionsgeschehens beiträgt, zu dem Gewicht der sich für diese auch durch die für die Durchführung der Tests anfallenden Kosten ergebenden Beeinträchtigungen in einem angemessenen, die Grundrechtseingriffe rechtfertigenden Verhältnis.

61

Durch die Kostentragungspflicht für die durchzuführenden Tests erhält der Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen allerdings ein erheblich schwereres Gewicht. Die angegriffenen Regelungen tangieren die Besucher und Kunden je nach deren Einkommensverhältnissen teils in schwerwiegender Weise in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit. Gleiches gilt, soweit - wie im Bereich der beruflichen Aus-, Fort- und Weiterbildung - das Grundrecht der Berufsfreiheit betroffen ist. Für die Betroffenen fallen nach den auf den Internetpräsenzen der Teststationen verfügbaren Preisen Kosten in einer Größenordnung zwischen 10 bis 25 Euro pro Test an. Da der Antigen-Schnelltest maximal 24 Stunden zurückliegen darf (§ 3 Abs. 4 Nr. 2 14. BayIfSMV), können auf den Normadressaten je nach Häufigkeit der Inanspruchnahme des Tests nicht nur unerhebliche Kosten zukommen. Allerdings bestehen für zahlreiche Personen Kostenbefreiungstatbestände, insbesondere für solche Personen, bei denen eine Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 aus medizinischen Gründen nicht möglich ist (§ 4a Nr. 2 TestV) sowie für Studierende an bayerischen Hochschulen bis 30. November 2021 und damit während der Laufzeit der Verordnung (<https://www.stmgp.bayern.de/coronavirus/bayerische-teststrategie>). Soweit Beschäftigte der genannten Betriebe und Einrichtungen einer Testpflicht unterliegen, wird die Testfrequenz auf zwei Tage pro Woche begrenzt (§ 3 Abs. 1 Satz 3 14. BayIfSMV), wobei nach § 4 der Corona-ArbSchV Arbeitgeber den Beschäftigten mindestens zweimal pro Kalenderwoche kostenfrei einen Test anzubieten haben. Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist daher von lediglich geringer Intensität. Gleiches gilt hinsichtlich der Veranstalter, Betreiber und Anbieter, die die Tests zu besorgen, selbst zweimal wöchentlich durchzuführen sowie die Testnachweise ihrer Beschäftigten sowie der Besucher und Kunden zu überprüfen und diese im Falle eines positiven Testergebnisses gegebenenfalls zurückzuweisen haben. Dafür, dass ihnen dies unter Berücksichtigung der mit der Regelung verfolgten Gemeinwohlziele unzumutbar sein könnte, ist nichts ersichtlich.

62

Die Inanspruchnahme elementarer Angebote der Daseinsvorsorge wie medizinischer und therapeutische Leistungen, das Aufsuchen von Einzelhandelseinrichtungen oder die Nutzung des öffentlichen

Personennah- und -fernverkehrs sind zudem - wie bereits ausgeführt - ohne Vorlage eines negativen Testnachweises möglich. Gleiches gilt etwa für das Treiben von Sport oder einen Gastronomiebesuch im Freien sowie für private Zusammenkünfte. Darüber hinaus besteht nach der Verordnungslage auch im Übrigen, i.e. auch für die Kunden und Besucher der genannten Einrichtungen, Betriebe und Veranstaltungen, die Möglichkeit, den Test vor Ort unter Aufsicht desjenigen, der das Vorliegen eines Testnachweises überprüfen muss, durchzuführen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 14. BayIfSMV i.V.m. § 2 Nrn. 6 und 7 SchAusnahmV; vgl. auch VGH BW, B.v. 12.10.2021 - 1 S 3038/21 - juris Rn. 117; OVG NW, B.v. 29.10.2021 - 13 B 1393/21.NE - juris Rn. 144 ff.); die Regelung des § 3 Abs. 4 14. BayIfSMV sind insoweit einschränkend (verfassungskonform) auszulegen, um die bundesrechtliche Regelung des § 2 Nr. 7 lit. a) SchAusnahmV zur Anwendung zu bringen (vgl. auch die Begründung zur Änderungsverordnung vom 14.10.2021, BayMBl. 2021 Nr. 734, S. 4, hinsichtlich der Testpflicht für Beschäftigte mit Kundenkontakt). Soweit eine Vielzahl privater Einrichtungsbetreiber diese Möglichkeit nicht eröffnen sollte, kann dies dem Ordnungsgeber grundsätzlich nicht zugerechnet werden. Einrichtungen der öffentlichen Hand, die der Daseinsvorsorge dienen, sowie Anbieter von Leistungen, deren Inanspruchnahme für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet (vgl. BVerfG, B.v. 11.4.2018 - 1 BvR 3080/09 - BVerfGE 148, 267 - juris Leitsatz 3), i.e. insbesondere Bibliotheken und Einrichtungen der beruflichen Aus- und Fortbildung, dürften aufgrund ihrer grundrechtlichen Bindungen im Hinblick auf die Gewährung gleichen Zugangs zu ihren Einrichtungen verpflichtet sein, im Einzelfall, insbesondere bei einkommensrechtlicher Bedürftigkeit der Betroffenen, von dieser nach der Verordnung vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen; etwaige Ansprüche wären den Einrichtungsbetreibern und Anbietern gegenüber geltend zu machen.

63

Keiner Entscheidung im Rahmen des normenkontrollrechtlichen Eilverfahrens bedarf die Frage, ob hilfebedürftigen Personen - mangels Bestehens einer Impfpflicht - ein Anspruch auf Gewährung höherer Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zustehen kann. Etwaige Ansprüche wären vor den Sozialgerichten - insbesondere im Rahmen vorläufigen Rechtsschutzes - zu verfolgen; für die Frage der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Ordnungsregelung hat ihr Bestehen indes keinen entscheidungserheblichen Einfluss.

64

Ein darüber hinaus gehender, genereller „Primäranspruch“ auf kostenlose Testung unabhängig vom Nachweis einer einkommensrechtlichen Bedürftigkeit dürfte mangels entsprechender Grundlage weder (weiter) bestehen noch geboten sein. Mittlerweile steht jedem Bundesbürger über 12 Jahren, bei dem keine medizinische Kontraindikation besteht, die Möglichkeit offen, ein kostenloses und breit verfügbares Impfangebot wahrzunehmen und sich gegen COVID-19 impfen zu lassen. Eine Empfehlung der Ständigen Impfkommission (STIKO) gemäß § 20 Abs. 2 Satz 3 IfSG liegt vor (vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin 39/2021, STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung: Personen mit Immundefizienz, 30.9.2021, S. 3 ff., abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/39_21.pdf?blob=publicationFile). Die Impfempfehlungen der STIKO sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als medizinischer Standard anerkannt worden. Daran nimmt die den Empfehlungen zugrundeliegende Einschätzung teil, dass der Nutzen der jeweils empfohlenen Impfung das Impfrisiko überwiegt (vgl. BGH, B.v. 3.5.2017 - XII ZB 157/16 - juris Rn. 25 m.w.N.). Vor diesem Hintergrund ist es voraussichtlich nicht unangemessen, dass Personen in der Konsequenz ihrer freien Entscheidung, sich nicht impfen zu lassen, - eine Impfpflicht besteht nicht - die hierfür entstehenden Kosten selbst zu tragen und die mit der Testnachweispflicht im Übrigen verbundenen Unannehmlichkeiten hinzunehmen haben (VGH BW, B.v. 12.10.2021 - a.a.O. - Rn. 118 f; OVG NW, B.v. 29.10.2021 - 13 B 1393/21.NE - juris Rn. 158; vgl. auch Ernst, Privilegierung Geimpfter und faktischer Impfpflicht v. 1.9.2021, <https://verfassungsblog.de/privilegierung-geimpfter-und-faktischer-impfpflicht/>).

65

Offenbleiben kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens die Frage, ob Betroffenen Personen, die der Testnachweispflicht unterliegen und insoweit als Nichtstörer im sicherheitsrechtlichen Sinn zum Schutz der Allgemeinheit in Anspruch genommen werden, Entschädigungsansprüche nach dem IfSG, nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht oder Aufopferungsrecht zustehen (vgl. hierzu Winter/Thürk in Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Auflage 2021, § 22 Rn. 59 ff.). Derartige Ansprüche wären vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

66

Nach alldem erscheinen die mit der Testnachweispflicht verbundenen Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen im Ergebnis gerechtfertigt, da sie im Ergebnis gegenüber dem mit der Verordnung bezweckten Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Sätze 1 und 3 GG) zurücktreten.

67

2.2.3 Nach der im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes allein möglichen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung kann auch nicht festgestellt werden, dass die angegriffenen Vorschriften in Verbindung mit der Kostenlast für die vorzulegenden Testnachweise zu einer faktischen Impfpflicht führen mit der Folge, dass sie insoweit an den Grundrechten des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und möglicherweise des Art. 4 Abs. 1 GG (Glaubens- und Religionsfreiheit) zu messen wären.

68

Zwar können auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, Grundrechte beeinträchtigen, wenn sie sowohl in ihrer Zielsetzung als auch ihrer Wirkung einem normativen und direkten Eingriff gleichkommen (vgl. BVerfG, U.v. 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15 u.a. - juris Rn. 215, 217 m.w.N.). Vorliegend dürfte es allerdings sowohl an dem erforderlichen finalen Element fehlen als auch die faktischen Wirkungen zur Eingriffsschwelle noch nicht überschritten sein.

69

Mit den im Wesentlichen bereits am 1. September 2021 und damit unter Geltung der bundesrechtlichen Kostenerstattung für die durchzuführenden Tests erlassenen Regelungen verfolgt der Ordnungsgeber gefahrenabwehrrechtliche Zwecke, wobei die Differenzierung zwischen immunisierten und nicht immunisierten Personen darauf beruht, dass von Ersteren deutlich verminderte Infektionsgefahren im Hinblick auf die Übertragung des Corona-Virus SARS-CoV-2 bestehen (s. dazu oben 2.1.2 und unten 2.3.1), unter gleichzeitiger größtmöglicher Gewährleistung der Ausübung grundrechtlicher Freiheiten. Für einen finalen Grundrechtseingriff durch die angegriffene Regelung ist schon deshalb nichts ersichtlich, weil die Aufhebung der Kostenerstattung durch die Änderung einer bundesrechtlichen Regelung herbeigeführt wurde. Wenn sich Personen aufgrund von § 3 Abs. 1 und Abs. 2 14. BayIfSMV für eine Impfung entscheiden sollten, dürfte es sich daher nicht um einen mittelbaren Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, sondern um die bloße Nebenfolge einer gefahrenabwehrrechtlichen Regelung sowie der gebotenen Rücknahme von Grundrechtsbeschränkungen für vormals intensiv in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigte Betreiber von Einrichtungen sowie für geimpfte und genesene Personen handeln.

70

Nicht immunisierten Personen ist zudem der Zugang zu den in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen, Betrieben und Einrichtungen nicht generell verwehrt; ein Ausschluss vom gesellschaftlichen Leben wird durch die angegriffenen Regelungen nicht bewirkt. Darüber hinaus sind - wie oben ausgeführt - Bereiche der elementaren Daseinsvorsorge von dem Testnachweiserfordernis ausgenommen und wird der Eingriff durch die eröffnete Möglichkeit, einen Selbsttest unter der Aufsicht desjenigen durchzuführen, der der Überprüfungspflicht unterliegt, abgemildert (s.o.).

71

2.2.4 Gleichwohl ist der Ordnungsgeber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gehalten, fortlaufend zu überprüfen, wie wirksam die Testnachweisobliegenheit im Hinblick auf eine Verlangsamung der Verbreitung des Coronavirus ist und wie sie sich für die Betroffenen auswirkt. Zu berücksichtigen wird er dabei auch haben, welche Folgen die fortschreitende Impfquote für die Belastung der Krankenhäuser und des Gesundheitssystems hat. Dies erscheint durch die Befristung hinreichend gewährleistet; auch, dass der Ordnungsgeber dieser Verpflichtung zur Überprüfung bislang nicht nachgekommen ist, ist derzeit nicht erkennbar.

72

2.3 Eine Verletzung des mit dem allgemeinen oder besonderen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG) korrespondierenden Grundrechts auf Gleichbehandlung liegt ebenfalls nicht vor.

73

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, B.v. 7.2.2012 - 1 BvL 14/07 - BVerfGE 130, 240, 252 - juris Rn. 40; B.v. 15.7.1998 - 1 BvR 1554/89 u.a. - BVerfGE 98, 365/385 - juris Rn. 63). Er gilt auch für ungleiche Begünstigungen, weshalb ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird, nicht zulässig ist (BVerfG, B.v. 21.7.2020 - 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07 - BVerfGE 126, 400 - juris Rn. 78 m.w.N.). Es sind nicht jegliche Differenzierungen verwehrt, allerdings bedürfen sie der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. Insoweit gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfG, B.v. 18.7.2012 - 1 BvL 16/11 - BVerfGE 132, 179/188 - juris Rn. 30; B.v. 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49/69 - juris Rn. 65; B.v. 21.7.2010 - 1 BvR 611/07 u.a. - BVerfGE 126, 400/416 - juris Rn. 79). Der Normgeber darf im Bereich des Infektionsschutzrechts - als besonderem Gefahrenabwehrrecht (vgl. BVerfG, U.v. 22.3.2012 - 3 C 16.11 - juris Rn. 32) - besonders bei Massenerscheinungen, die sich wie das gegenwärtige Infektionsgeschehen auf eine Vielzahl von Fallgestaltungen auswirken, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen; Unebenheiten, Friktionen und Mängel sowie gewisse Benachteiligungen in besonders gelagerten Einzelfällen müssen in Kauf genommen werden, solange sich für das insgesamt gefundene Regelungsergebnis ein plausibler, sachlich vertretbarer Grund anführen lässt (vgl. BayVerfGH, E.v. 12.8.2020 - Vf. 34-VII-20 - juris Rn. 20; E.v. 22.3.2021 - Vf. 23-VII-21 - juris Rn. 39 jew. m.w.N.). In diesem Zusammenhang kommt daher neben der Entwicklung des Pandemiegeschehens dem Gesamtkonzept bzw. Maßnahmenbündel, mit dem der Ordnungsgeber dem Infektionsgeschehen begegnet, eine maßgebliche Bedeutung zu, wobei dem Normgeber nicht zuletzt im Falle komplexer und wissenschaftlich nicht abschließend geklärter Zusammenhänge (wie hier) ein weiterer Einschätzungsspielraum zuzubilligen ist (OVG Saarl, B.v. 26.5.2021 - 2 B 136/21 - juris Rn. 15).

74

Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist die Ungleichbehandlung zwischen Geimpften und Genesenen einerseits und nicht Geimpften andererseits aus infektionsschutzrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt.

75

3.3.1 Wenngleich bei der Delta-Variante von einer etwas reduzierten Wirksamkeit der Impfung gegen SARS-CoV-2-Infektionen auszugehen ist, der Impfschutz über die Zeit nachlässt und einzelne Studien darauf hindeuten, dass vollständig geimpfte Personen, die sich dennoch mit der Delta-Variante infizieren, möglicherweise dieselbe Viruslast tragen können wie Ungeimpfte (vgl. https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s_cid=mm7031e2_x; vgl. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/126034/US-Gesundheitsbehoerde-Delta-Variante-so-ansteckend-wie-Windpocken-trotz-Impfung>), ist nach Einschätzung des RKI bei allen derzeit dominierenden Virusvarianten das Risiko einer Virusübertragung deutlich vermindert. Daten aus Zulassungsstudien wie auch aus Untersuchungen im Rahmen der breiten Anwendung (sog. Beobachtungsstudien) belegen, dass die in Deutschland zur Anwendung kommenden COVID-19-Impfstoffe SARS-CoV-2-Infektionen (symptomatisch und asymptomatisch) in einem erheblichen Maße verhindern. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person trotz vollständiger Impfung PCRpositiv wird und dabei auch infektiöse Viren ausscheidet, ist im Verhältnis zu ungeimpften Personen auch unter der Delta-Variante deutlich vermindert. Dieses Risiko muss durch das Einhalten der Infektionsschutzmaßnahmen (AHA- +L-Regeln) zusätzlich reduziert werden. Darüber hinaus ist die Virusausscheidung bei Personen, die trotz Impfung eine SARS-CoV-2-Infektion haben, kürzer als bei ungeimpften Personen mit SARS-CoV-2-Infektion. In welchem Maß die Impfung darüber hinaus die Übertragung des Virus weiter reduziert, kann derzeit nicht genau quantifiziert werden (RKI, FAQ „Covid-19 und Impfen“, „Können Personen, die vollständig geimpft sind, das Virus weiterhin übertragen?“, Gesamtstand 2.11.2021, a.a.O.).

76

In tatsächlicher Hinsicht wird diese wissenschaftlich fundierte Einschätzung des RKI gestützt durch die aktuellen Infektionszahlen in Bayern, wenngleich man hierbei zu berücksichtigen haben wird, dass Geimpfte

einer geringeren Testfrequenz unterliegen, da sie kaum Testverpflichtungen trifft und bei ihnen Infektionen häufiger unbemerkt bleiben. So liegt die 7-Tage-Inzidenz bei abgeschlossener Impfsreihe bei 50,9, wohingegen sie bei nicht (vollständig) Immunisierten bei 451,5 liegt (Stand 27.10.2021; LGL, Übersichtskarte der Fälle in Bayern, https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm).

77

Bei dieser Sachlage besteht aber für die Ungleichbehandlung von immunisierten und nicht geimpften Personen im hier zu prüfenden Zusammenhang derzeit voraussichtlich ein sachlicher Grund und erweist sich der hiermit verbundene Eingriff in die grundrechtlich geschützten Interessen nicht geimpfter Personen nicht als unverhältnismäßig (s.o.). Nicht erforderlich für die Rechtfertigung einer Differenzierung ist entgegen der Auffassung der Antragstellerpartei, dass von Geimpften keinerlei Infektionsgefahr mehr ausgeht; vielmehr ist eine Verminderung der Gefahr ausreichend.

78

Im Übrigen können bei der Vornahme von Differenzierungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie auch gesellschaftliche Auswirkungen berücksichtigt werden (vgl. § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG). Da der Staat bei der Bekämpfung der Pandemie zur Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems neben der Ergreifung von Schutzmaßnahmen, die der Verlangsamung der Virusausbreitung dienen, maßgeblich auch auf die Mitwirkung der Bevölkerung durch Impfung angewiesen ist, ist es ihm grundsätzlich nicht verwehrt, im Rahmen seines Gestaltungsspielraums Maßnahmen zur Kontrolle des Infektionsgeschehens (nur) für nicht vollständig Geimpfte wie die Vorlage eines Testnachweises vorzusehen, solange der Zugang zu besonders grundrechtssensiblen sowie der Daseinsvorsorge dienenden Lebensbereichen gewährleistet bleibt, und die Gruppe der Geimpften hiervon auszunehmen. Denn letztere Gruppe leistet bereits durch die Impfung, welche sie selbst wirksam vor einem schweren, hospitalisierungsbedürftigen Verlauf der Erkrankung schützt, einen Beitrag zur Entlastung des Gesundheitssystems und damit für die Allgemeinheit. Die Wahrscheinlichkeit, schwer an COVID-19 zu erkranken, ist bei Geimpften um etwa 90% geringer als bei nicht geimpften Personen (vgl. RKI, FAQ „COVID-19 und Impfen, Wirksamkeit, Stand 2.11.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html). Die 7-Tage Hospitalisierungsinzidenz mit Impfschutz liegt bei 1,4, und ohne vollen Impfschutz bei 5,1 (vgl. LGL, a.a.O.). Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sachwidrig, dass der Ordnungsgeber nicht immunisierte Personen beim Besuch infektiologisch risikoträchtiger Veranstaltungen und Einrichtungen in geschlossenen Räumen dadurch in die Pflicht nimmt, das dabei von ihnen ausgehende Risiko einer Ansteckung Dritter durch die Vorlage eines negativen Corona-Tests zu minimieren.

79

2.3.2 Eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund einer politischen Anschauung liegt ebenfalls nicht vor. Zum einen ist - wie bereits ausgeführt - in der Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 14. BayIfSMV auch in Verbindung mit dem Wegfall der Kostenübernahme für die Testungen durch den Bund kein staatlicher Grundrechtseingriff durch die Etablierung einer faktischen Impfpflicht zu sehen. Zum anderen wird bei der Differenzierung zwischen Geimpften und Genesenen einerseits und nicht immunisierten Personen andererseits auf objektive Sachgründe der Gefahrenabwehr, i.e. den unterschiedlichen Beitrag, den die jeweilige Personengruppe zur Weiterverbreitung des Virus und zur Inanspruchnahme des Gesundheitssystems leistet, abgestellt, die eine Differenzierung vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen (vgl. oben 2.2 und 2.3.1).

80

III. Auch bei „offenen“ Erfolgsaussichten in der Hauptsache und einer Folgenabwägung in Anlehnung an § 32 BVerfGG hätte das Interesse der Antragstellerpartei, von der Notwendigkeit der Vorlage eines negativen SARS-CoV-2-Tests als Voraussetzung für das Aufsuchen von in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 sowie § 9 Abs. 1 Satz 4 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen, Betrieben und Einrichtungen sowie Dienstleistungen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 14. BayIfSMV sofort verschont zu bleiben, hinter den schwerwiegenden öffentlichen und privaten Interessen an einer Eindämmung des Infektionsgeschehens zurückzutreten. Dass die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Interessen der Antragsteller die gegenläufigen Interessen deutlich überwiegen und deshalb die nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht kommende „vorläufige“ Außervollzugsetzung der Verordnung nach

§ 47 Abs. 6 VwGO rechtfertigen, kann jedenfalls nicht angenommen werden. Zur Begründung wird auf die obigen Ausführungen zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme Bezug genommen.

81

Würde der Senat die angegriffenen Regelungen außer Vollzug setzen, bliebe ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache aber ohne Erfolg, könnten die Antragsteller zwar vorübergehend die geltend gemachten Beeinträchtigungen durch die Vorlage eines kostenpflichtigen negativen Tests vermeiden. Ein durchaus wesentlicher Baustein der komplexen Pandemiebekämpfungsstrategie des Antragsgegners würde jedoch in seiner Wirkung reduziert, und zwar in einem Zeitpunkt eines dynamischen Infektionsgeschehens bei einer noch nicht hinreichenden Immunisierung der Bevölkerung, um eine Überlastung des Gesundheitssystems sicher zu vermeiden. Die Möglichkeit, eine solche Schutzmaßnahme zu ergreifen und so die Verbreitung der Infektionskrankheit zum Schutze der Gesundheit der Bevölkerung, einem auch mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG überragend wichtigen Gemeinwohlbelang, effektiver einzudämmen, bliebe zumindest zeitweise - irreversibel - ungenutzt. Dadurch könnte sich die Gefahr der erneuten Erkrankung vieler Personen, der Überlastung der gesundheitlichen Einrichtungen bei der Behandlung schwerwiegender Fälle und schlimmstenfalls des Todes von Menschen erhöhen.

82

Würden hingegen die streitgegenständlichen Verordnungsregelungen nicht vorläufig teilweise außer Vollzug gesetzt, hätte ein Normenkontrollantrag aber in der Hauptsache Erfolg, wäre den Antragstellern für eine gewisse Zeit zu Unrecht die Möglichkeit des Zugangs unter anderem zu Einrichtungen der Kultur, der Bildung, der Freizeit und der Gastronomie sowie zu körpernahen Dienstleistungen ohne Test verwehrt. Der dadurch bewirkte Eingriff in ihre allgemeine Handlungsfreiheit würde verfestigt. Das Interesse der Antragsteller hat aber aus den oben zur Verhältnismäßigkeit angestellten Erwägungen hinter dem überragenden öffentlichen Interesse an Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen zurückzustehen. In die Folgenabwägung ist auch einzustellen, dass die Verordnung mit Ablauf des 24. November 2021 außer Kraft tritt. Damit ist sichergestellt, dass sie unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Pandemie und wissenschaftlicher Erkenntnisse fortgeschrieben werden muss (vgl. auch OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 16).

83

B. Soweit sich der Antrag gegen § 3a Abs. 1 und 2 14. BayIfSMV („freiwilliges 2G, freiwilliges 3G plus“) richtet, ist er bereits unzulässig.

84

Den Antragstellern fehlt es insoweit bereits an der Antragsbefugnis (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Diese setzt voraus, dass die Antragsteller hinreichend substantiiert Tatsachen vortragen, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass sie durch die angegriffene Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in eigenen Rechten verletzt werden (BVerwG, B.v. 17.7.2019 - 3 BN 2.18 - NVwZ-RR 2019, 1027 - juris Rn. 11; VGH BW, U.v. 17.2.2014 - 5 S 3254/11 - juris; Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 41). Ein Rechtsschutzbegehren ist ohne Rücksicht auf die Antrags- oder Klageart nur dann zulässig, wenn es sich auf Rechte stützt, die gerade dem Rechtsschutzsuchenden zustehen können (stRspr; BVerwG, U.v. 26.1.1996 - 8 C 19.94 - juris Rn. 20 m.w.N.).

85

Ausgehend hiervon ist eine mögliche Selbstbetroffenheit der Antragsteller in eigenen Rechten durch § 3a 14. BayIfSMV nicht erkennbar.

86

Nach § 3a Abs. 1 14. BayIfSMV „können“ Anbieter, Veranstalter oder Betreiber von Einrichtungen oder Veranstaltungen bestimmte Zugangsbeschränkungen „freiwillig vorsehen“ (Abs. 1 Satz 1 und 2), die dann Erleichterungen gegenüber den allgemeinen für sie geltenden Beschränkungen in § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 sowie § 12 14. BayIfSMV zur Folge haben (Abs. 1 Satz 3). Dabei erweitert die Regelung - trotz ihrer auf den ersten Blick einer solchen Auslegung entgegenstehenden Wortlauts - nicht die rechtlichen Möglichkeiten der Anbieter, Veranstalter oder Betreiber zur Gestaltung ihrer Beziehungen zu ihren Kunden oder sonstigen Nutzern (Grundverhältnis). Insbesondere ändert sie nichts an ihren gegebenenfalls bestehenden einfachgesetzlichen oder grundrechtlichen Bindungen im Hinblick auf die Gewährung gleichen Zugangs zu ihren Einrichtungen, Dienstleistungen und Angeboten, wie sie etwa bei der Ausgestaltung des Hochschulverhältnisses oder bei Einrichtungen der öffentlichen Hand, die der

Daseinsvorsorge dienen (Bibliotheken etc.), darüber hinaus aber auch bei Leistungen, die von Privaten aufgrund eigener Entscheidung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden, wenn der Ausschluss für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet (BVerfG, B.v. 11.4.2018 - 1 BvR 3080/09 - BVerfGE 148, 267 - juris Leitsatz 3), bestehen.

87

Ein solches Normverständnis, wonach § 3a 14. BayLfSMV lediglich eine Modifikation der allgemeinen, in der 14. BayLfSMV vorgesehenen infektionsschutzrechtlichen Rechtsfolgen für bestimmte Sachverhalte darstellt, ohne selbst die Zulässigkeit der 2G- bzw. 3G plus-Zugangsbeschränkung zu regeln, liegt auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nahe. Denn abgesehen von erheblichen Zweifeln im Hinblick auf die Zuständigkeit des Landesverordnungsgebers für die Regelung bürgerlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), würde ein Eingriff in das Grundverhältnis differenzierte und umfassende Verhältnismäßigkeitserwägungen des Ordnungsgebers voraussetzen, die dieser gerade nicht vorgenommen hat. Folgerichtig hat der Antragsgegner auf ausdrückliche Nachfrage des Senats mit Schriftsatz vom 26. Oktober 2021 klargestellt, dass § 3a 14. BayLfSMV keine solche Wirkung zukommen soll und wörtlich ausgeführt, es obliege „jedem, der von § 3a Gebrauch machen möchte, selbst gewissenhaft zu prüfen, ob er eine derartige Zugangsbeschränkung zulässigerweise vornehmen darf, oder ob dem andere Vorschriften entgegenstehen“. Dem von den Antragstellern angeführten Umstand, dass Äußerungen „in der politischen Diskussion“ möglicherweise eine andere Deutung nahelegen könnten, kommt dabei kein ausschlaggebendes Gewicht zu. Auch das von den Antragstellern angeführte Bestimmtheitsgebot zwingt zu keinem anderen Ergebnis, da sich der Regelungsgehalt der hier streitgegenständlichen Norm anhand herkömmlicher Auslegungsmethoden ermitteln lässt.

88

Dies zu Grunde gelegt, berührt § 3a 14. BayLfSMV die Rechte der Antragsteller nicht. Sie sind nicht Adressat der Vorschrift. Auch wird durch die Regelung nicht unmittelbar in das potentielle Rechtsverhältnis zwischen ihnen und Anbietern, Veranstaltern oder Betreibern eingegriffen. Die rechtliche Betroffenheit eines Nicht-Adressaten setzt indes voraus, dass die an Dritte gerichtete Norm einen Beschwerdeführer nicht nur reflexartig, sondern in rechtlich erheblicher Weise berührt (vgl. BVerfG, U.v. 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15 - BVerfGE 153, 182 - juris Rn. 195; B.v. 11.8.1999 - 1 BvR 2181/98 u.a. - juris Rn. 48). Dabei können auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, Grundrechte beeinträchtigen, wenn sie sowohl in ihrer Zielsetzung als auch ihrer Wirkung einem normativen und direkten Eingriff gleichkommen (vgl. BVerfG, U.v. 26.2.2020 -2 BvR 2347/15 u.a. - a.a.O., Rn. 215, 217 m.w.N.).

89

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt, denn § 3a 14. BayLfSMV betrifft die Antragsteller lediglich mittelbar und reflexhaft aufgrund einer (derzeit ungewissen) entsprechenden Entscheidung der Anbieter, Veranstalter oder Betreiber, auf die der Antragsgegner keinen Einfluss hat und die ihm auch nicht unmittelbar zuzurechnen ist (in diesem Sinne auch NdsOVG, B.v. 8.10.2021 - 13 MN 400/21 - juris Rn. 17; B.v. 13.10.2021 - 13 MN 422/21 - juris Rn. 19).

90

Die Einwände der Antragsteller, die Regelung biete einen Anreiz, bestimmte Personengruppen auszuschließen, und begründe dadurch einen „indirekten Impfwang“, greifen insofern nicht durch. § 3a 14. BayLfSMV regelt - wie dargestellt - eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Ausnahme von den in § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 sowie § 12 14. BayLfSMV, über deren Nutzung der jeweilige Anbieter, Veranstalter oder Betreiber grundsätzlich - d.h. abgesehen von ohnehin bestehenden einfach- oder verfassungsrechtlichen Beschränkungen - frei entscheiden kann. Neue Rechte oder Pflichten der Vertragsparteien oder sonstiger Beteiligter zueinander werden durch die Regelung nicht begründet (vgl. auch BVerwG, U.v. 26.1.1996 - 8 C 19.94 - juris Rn. 21 zur fehlenden Klagebefugnis eines Vermieters gegen die Veröffentlichung des örtlichen Mietspiegels). Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass der Ordnungsgeber mit der angegriffenen Regelung insbesondere im rein privaten Sektor eine gezielte Lenkungswirkung hin zur flächendeckenden Etablierung der freiwilligen Beschränkungen im Sinne der 2G- oder 3G-plus-Konzepte zu erzielen beabsichtigt, indem er etwa die Rahmenbedingungen für das „3G-Modell“ in einer Weise ausgestalten würde, die einen wirtschaftlichen Betrieb insoweit kaum noch ermöglichen würde. Daher ist auch weder dargelegt noch ersichtlich, dass Betreiber unter Geltung der angegriffenen Regelung das ihnen (auch ohne die Regelung) zukommende Wahlrecht ausschließlich oder auch nur ganz überwiegend zugunsten der zusätzlichen freiwilligen Beschränkungen im Sinne der 2G- oder

3G-plus-Konzepte ausüben werden, solange die Nachfrage nach den entsprechenden Angeboten und Dienstleistungen durch Personen, die die entsprechenden Anforderungen nicht erfüllen, ihrerseits Anreize für die Beibehaltung des „normalen“ 3G-Modells bietet. Damit ist allenfalls absehbar, dass es den Antragstellern (und anderen) aufgrund der Entscheidung Dritter nicht mehr möglich sein wird, bestimmte Einrichtungen oder Veranstaltungen bestimmter Anbieter zu besuchen; ein genereller Ausschluss von den jeweiligen Leistungen ist aufgrund der hier streitgegenständlichen Regelung dagegen nicht konkret ersichtlich. Ein rechtlich geschütztes Interesse, bestimmte Anbieter einer Leistung sozusagen präventiv und/oder über das ohnehin bestehende Maß hinaus an einer Beschränkung des Zugangs zu ihren Angeboten und Einrichtungen zu hindern, kennt die Rechtsordnung nicht.

91

Daran ändert auch das Argument der Antragsteller nichts, aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes müsse der Antragsgegner verhindern, dass er von potentiellen Vertragspartnern oder anderen Einrichtungsträgern abgewiesen werde. Dies würde eine positive Regelung voraussetzen, die - selbst wenn sie dem Antragsgegner kompetenziell und inhaltlich möglich wäre - im Verfahren nach § 47 Abs. 1 und 6 VwGO nicht erstritten werden kann. Im Übrigen entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass sogar Klagen gegen behördliche Zustimmungen oder Genehmigungen zu privaten Rechtsgeschäften ohne eine angemessen deutliche Willensäußerung des Gesetzgebers in Richtung auf eine Zweigleisigkeit der Rechtsverfolgung unzulässig sind, wenn der Betroffene die entsprechenden Einwendungen (hier die Unzulässigkeit der zusätzlichen Zugangsbeschränkungen), in dem wegen des privaten Rechtsverhältnisses vor den ordentlichen Gerichten zu führenden Prozess erheben kann (BVerwG, U.v. 26.1.1996 - 8 C 19.94 - juris Rn. 21 m.w.N.). Entsprechendes gilt für solche Grundverhältnisse, für die aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Natur die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Den Antragstellern obliegt es daher im konkreten Einzelfall, die von ihnen behauptete Unzulässigkeit einer weitergehenden Zugangsbeschränkung im sachnächsten Verfahren gerichtlich geltend zu machen.

92

Fehlt es bereits an einer Antragsbefugnis der Antragsteller, bedarf es keiner Entscheidung, ob der Antrag nicht in unzulässiger Weise darauf gerichtet ist, lediglich einen Teil einer untrennbaren Gesamtregelung des Antragsgegners hinsichtlich der von Anbietern, Veranstaltern oder Betreibern vorzusehenden Schutzmaßnahmen außer Vollzug setzen zu lassen (vgl. dazu etwa BayVGH, B.v. 18.2.2021 - 20 NE 21.456 - juris Rn. 19; B.v. 29.3.2021 - 20 NE 21.784 - juris Rn. 10).

93

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von der Antragstellerpartei angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 24. November 2021 außer Kraft tritt (§ 20 14. BayIfSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 hier nicht angebracht erscheint. Im Hinblick darauf, dass die Beteiligten des Verfahrens untereinander familiär verbunden sind und den Antrag damit als Rechtsgemeinschaft gestellt haben, ist der Streitwert von 10.000,00 Euro nur einmal zu berücksichtigen.

94

D. Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO.